Die Voraussetzungen und Folgen der Entziehung des Verwaltungsrechts des Vorerben.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät
der Königlichen Friedrich-Wilhelms-Universität
zu Breslau

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

vorgelegt von

FRIEDRICH FISCHER
Referendar.

Breslau 1913.
Druck von Max Bermann.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.
Korreferent: Geh. Justizrat Prof. Dr. Leonhard.

Meinen Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543108_0086

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

Erster Abschnitt.

§ 1. Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Vorerben 1

§ 2. Kurzer geschichtlicher Überblick 2

Zweiter Abschnitt.

Die Voraussetzungen der Entziehung des Verwaltungsrechts des Vorerben.

I. Die materiellen Voraussetzungen für den Anspruch auf Anordnung einer Verwaltung . 5

§ 3. 1. Rechtskräftige Verurteilung zur Sicherheitsleistung 5

A. Diese setzt voraus die Besorgnis einer Verletzung der Rechte des Nacherben 5

B. Die Besorgnis muß hervorgerufen sein.

§ 4. a. Durch das Verhalten des Vorerben

aa) Verschulden des Vorerben ist nicht erforderlich 8

§ 5. bb) Diligantia quam suis ist kein Exkulpationsgrund 11

§ 6. b. Durch die ungünstige Vermögenslage 12

§ 7. C. Ein Ersatzanspruch braucht noch nicht eingetreten zu sein 13

§ 8. 2. Fristsetzung zur Leistung der Sicherheit und fruchtloser Ablauf der Frist 16

§ 9. II. Die formellen Voraussetzungen: Die Geltendmachung des Anspruchs auf Anordnung der Verwaltung 17

§ 10. **Anhang.**

Die Voraussetzungen der Verwaltungsentziehung in besonderen Fällen . . 22

Dritter Abschnitt.

Die Folgen der Entziehung des Verwaltungsrechts des Vorerben.

§ 11. I. Verlust des Verfügungsrechts über Erbschaftsgegenstände 23

1. Begriff der Erbschaftsgegenstände . 24

§ 12. 2. Begriff der Verfügung 25

II. Natur der Unwirksamkeit der entgegen § 2129 Absatz 1 vorgenommenen Verfügungen 28

§ 13. 1. Gründe, die für die relative Natur der Unwirksamkeit sprechen 28

§ 14. 2. Gründe, die gegen die relative Natur der Unwirksamkeit sprechen können 30

§ 15. III. Einfluß der Zustimmung des Berechtigten auf die Unwirksamkeit 33

§ 16. IV. Einfluß des guten Glaubens auf die Unwirksamkeit 33

1. Bei dem Erwerbe von beweglichen Sachen 34

2. Bei dem Erwerbe von Grundstücken 34

3. Für Schuldner von Erbschaftsforderungen 37

4. Für den Prozeßgegner des Vorerben 39

§ 17. **Anhang.**

Folgen für den von der Vorschrift des § 2129 befreiten Vorerben 40

Vierter Abschnitt.

Weitere Möglichkeiten, dem Vorerben die Verwaltung zu entziehen.

§ 18. I. Durch Einsetzung eines Testamentsvollstreckers 41

§ 19. II. Im Wege der Auflage 45

Literatur Verzeichnis.

Achilles-Strecker: Grundbuchordnung 1901.

Ahlbrecht: Die Stellung des Vorerben besonders im Prozesse, Diss. Halle 1902.

Baron: Das Erbrecht in dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, im Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 75, S. 177.

Biermann: Sachenrecht, Berlin 1903.

Binder: Die Rechtstellung des Erben, Leipzig 1901.

Böhm: Erbrecht des BGB., 2. Aufl., Hannover 1900.

Borchardt: Das Erbrecht und die Nachlaßbehandlung, Breslau 1901.

Buchka: Bürgerliches Gesetzbuch und gemeines Recht, Berlin 1899.

Cosack: Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts, 5. Aufl., Jena 1911/12.

Crome: System des deutschen Bürgerlichen Rechts, Tübingen, Bd. 3 1905, Bd. 5 1912.

Demolombe: Cours de code Napoléon, Paris 1868, Bd. 22.

Dernburg: Lehrbuch d. deutsch. Privatrechts, Halle 1884. — Das Bürgerliche Recht, Halle, Bd. 3 1908, Bd. 5 1911.

Dernburg-Sokolowski: System des römischen Rechts, Berlin 1912.

Dresdner: Die Schranken der Verfügungen des Vorerben nach § 2113, Abs. 2, Diss. Breslau 1910.

Eccius: In Gruchots Beiträgen, Bd. 50, S. 488.

Eck: Vorträge über das Recht des BGB., Bd. 3, 1.—2. Aufl.

Eichhorn: Das Testament, Berlin 1900.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Berlin 1905.

Engelmann: Das Bürgerliche Recht, Berlin 1909.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II, 3, 1.—2. Aufl., Marburg 1911.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Fellgentreff: Das Rechtsverhältnis zwischen Vorerben und Nacherben, Diss. Leipzig 1906.

Fischer-Henle: Das BGB., München 1912.

Förster-Eccius: Deutsches Privatrecht, 4. Bd., Berlin 1893.

Friedrichs: Prozeßführung des Vorerben, Diss. Heidelberg 1906.

Frommhold, Erbrecht, Berlin 1900.

Fuchs: Grundbuchrecht, Berlin 1902.

Gaupp-Stein: ZPO., Bd. 1 1911, Bd. 2 1909.

Groth: Die Nacherbschaft nach BGB., Diss. Rostock 1900.

Güthe: Grundbuchordnung, 2. Aufl., Berlin 1911.

Hachenburg: Das BGB., Vorträge, Mannheim 1900.
— Studien zum Erbrecht des Entwurfs, Mannheim 1895.

Hahn: Materialien.

Hase: Rechtliche Stellung des Vorerben zur Erbschaft Diss. Leipzig 1904.

Hellwig: Anspruch und Klagrecht, Jena 1900.
— Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, Leipzig 1901.
— System des Zivilprozeßrechts, Leipzig 1912.
— Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 1902.

Herold: Im Sächs. Arch. f. Rechtspflege 1906, S. 481.

Hothorn: Die Rechtsstellung des befreiten Vorerben, Diss. Leipzig 1911.

v. Jastrow: Zeitschrift des deutschen Notarvereins, Jahrgang 1907, S. 48.

Josef: In Gruchots Beiträgen, Bd. 47, S. 495.

Kaufmann: Die Verfügungsbeschränkungen des Vorerben nach BGB., Diss. Leipzig 1908.

Köhne-Feist: Die Nachlaßbehandlung, Bd. 1, Berlin 1912.

Kohler: Das Vermögen als Einheit, im Arch. f. bürg. R., Bd. 22, S. 1 ff.

Kretzschmar: Das Sachenrecht, Leipzig 1906.
— Das Erbrecht des BGB., Leipzig 1910.

Küntzel: In Gruchots Beiträgen, Bd. 41, S. 585.

Kuhlenbeck: BGB., Bd. 3, Berlin 1904.

Kuttner: Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile, in: Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, 1907/08, Bd. 16.

Landsberg: Das Recht des BGB., Bd. 2, Berlin 1904.

Leonhard: Kommentar zum Erbrecht, Berlin 1912.

Leske: Vgl. Darst. des ALR. und des BGB., Bd. 2, 1903.

Lüddeke: Das Schuldverhältnis zwischen dem Vorerben und dem Nacherben, Diss. Leipzig 1908.

Männer: Das Sachenrecht, München 1906, 5. Aufl.

Matthiass: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlin 1910.

Mayer-Reis: Lehrbuch des Familien- und Erbrechts, Bd. 7, Stuttgart 1907.

Meischeider: Die letztwilligen Verfügungen, Leipzig 1900.

P. Meyer: Das Erbrecht des BGB., Marburg 1904—1910.

Mielke: Universalfideikommiss und Nacherbschaft, Diss. Rostock 1901.

Mothes: Die Beschlagnahme nach Wesen, Arten und Wirkungen, Leipzig 1903.

Motive zum Entwurf eines BGB.

Müller-Meikel: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches, Bd. 2, 1904.

Neumann: Handausgabe des BGB., 5. Aufl., Berlin 1909.

Oberneck: Das Reichsgrundbuchrecht, Berlin 1909.

Peiser: Handbuch des Testamentrechts, Berlin 1907.

Perin: Das Verhältnis des Vorerben zum Nacherben, Diss. Jena 1901.

Petersen: Die ZPO., Lahr 1904.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Aufl.

Predari: Die Grundbuchordnung, Berlin 1907.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB.

Pünder: In der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, Bd. 41. S. 47.

Pusch: Zwangsverwaltung und Sequestration in Gruchots Beiträgen, Bd. 45, S. 314.

Raape: Das gesetzliche Veräußerungsverbot, Berlin 1908.

Reichsgerichtsräte, Kommentar der.

Roeder: Verfügungsbeschränkungen des Vorerben, Diss. Leipzig 1905.

Rönne: Ergänzungen und Erläuterungen des ALR., Bd. 1, Berlin 1885.

Salinger: Nacherbfolge nach dem BGB., im Arch. f. Bürg. Recht, Bd. 19, S. 138.

Sarvey-Bossert, Konkursordnung, Berlin 1901.

Scherer: Erbrecht des BGB., Erlangen 1900.

Schneider: Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, München 1908.

Schultz: Der Begriff der Verfügung im BGB., Dissertation Breslau 1903.

Seuffert: Kommentar zur ZPO., München 1910.

Siméon: Recht und Rechtsgang I, 2, Berlin 1912.

Sohm: Der Gegenstand, Leipzig 1903.

Springguth: Die Rechtsverhältnisse zwischen Vorerben und Nacherben, Diss. Greifswald 1904.

Staudinger: Komment. z. BGB, 5./6. Aufl. Bd. 3, 7./8. Aufl.

Strohal: Das deutsche Erbrecht, Berlin 1904.

— Über relative Unwirksamkeit, Sonderabdruck aus der Festschrift zur Jahrhundertfeier des österreichischen BGB., Wien 1911.

Sydow-Busch: ZPO., Berlin 1910.

— Konkursordnung, Berlin 1911.

Sirey: Les cinq codes, Paris 1819.

Tiesing: Einige Bemerkungen über das Rechtsverhältnis zwischen Vorerben und Nacherben, im Arch. f. ziv. Prax., Bd. 94, S. 228.

Türcke-Niedenführ: Das bürgerliche Recht, Berlin 1912.

Turnau-Förster: Das Liegenschaftsrecht, Paderborn 1906.

Uhlstein: Vorerbe und Nacherbe in ihrem rechtlichen Verhältnis zueinander, Diss. Jena 1907.

Unger: Das österreichische Erbrecht, Leipzig 1864.

Weber: In der Zeitschrift des deutschen Notarvereins, Jahrgang 1907, S. 241.

Wendt: Erwerb von einem Nichtberechtigten, im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 89, S. 1.

Weyl: System der Verschuldensbegriffe, 1905.

Wilke: Das BGB., Bd. 5, Berlin 1900.

Windscheid: Lehrb. des Pandektenrechts, Frankfurt 1901.

Wolff: Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, Berlin 1901.

Zachariä-Crome: Handbuch des französischen Zivilrechts, Freiburg i. B. 1895.

Erster Abschnitt.

§ 1.

Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Vorerben.

Der erste Entwurf des BGB. (§ 1815) hatte ebenso wie das ALR. (I, 12 § 466) und das Sächsische Gesetzbuch (§ 2515) dem Vorerben nur die Stellung eines Nießbrauchers gegeben. Damit war sein Verwaltungs- und Verfügungsrecht wesentlich beschränkt. Das BGB. hat ihm dagegen eine freiere Stellung dadurch gewährt, daß es ihn als wirklichen Erben ansieht. Daher kommt ihm bis zum Eintritt der Nacherbfolge grundsätzlich die Stellung zu, die er haben würde, wenn die Nacherbfolge nicht angeordnet wäre. Kraft dieser seiner Rechtsstellung als Erben steht ihm die Verwaltung, insbesondere auch der Gebrauch und die Nutzungen der Erbschaft zu. Dieses Verwaltungsrecht umfaßt auch ein freies Verfügungsrecht (§ 2112 BGB.). Mit Rücksicht auf das Anwartschaftsrecht des Nacherben, dem für den Zeitpunkt des Eintritts der Nacherbfolge das Vermögen möglichst unverkürzt erhalten bleiben soll, tritt aber das Gesetz der schrankenlosen Ausübung dieser grundsätzlich freien Verfügungsmacht des Vorerben in dreierlei Weise entgegen. Einmal

schließt er sie für gewisse Gegenstände (§§ 2113, Abs. 1, 2114, 2116, 2119 BGB.) sowie für gewisse Arten von Rechtsgeschäften unmittelbar aus, andererseits stellt es als Korrelat zum Verwaltungsrecht eine Verwaltungspflicht des Vorerben auf, so daß er mittelbar, d. h. bei Vermeidung des Schadensersatzes nur in gewissen Grenzen verfügen kann; drittens legt es dem Vorerben unter gewissen Voraussetzungen die Verpflichtung auf, ein Inventar zu errichten (§ 2121), bei der Feststellung des Zustandes des Nachlasses mitzuwirken (§ 2122), einen Wirtschaftsplan aufzustellen (§ 2123) und über den Bestand der Erbschaft Auskunft zu geben (§ 2127). Es gestattet ihm sogar eine Einwirkung auf die Erbschaft in der Weise, daß der Nacherbe Sicherheitsleistung und auch Entziehung des Verwaltungsrechts des Vorerben erlangen kann.

§ 2.

Kurzer geschichtlicher Überblick.

Die Sequestration, die die Entziehung des Verwaltungsrechts mit sich bringt, hat in fast allen Rechten die Nichtleistung einer Sicherheit zur Voraussetzung.

Im römischen Rechte, das nach dem Grundsatz: semel heres semper heres eine Nacherbschaft nicht kannte und als Ersatz dafür nur das fideicommissum hereditatis ausbildete, war der Universalfideikommissar in jedem Falle, in dem die Restitution nicht sogleich stattfand, durch einen vom Prätor gewährleisteten Anspruch auf Sicherheitsleistung geschützt. Irgend welche Besorgnis der Gefährdung oder Ver-

letzung seiner Rechte war nicht Voraussetzung dafür[1]). Leistete der Fiduziar die Sicherheit nicht, so erhielt der Universalfideikommissar vom Prätor missio legatorum servandorum causa in den Nachlaß[2]). Hierdurch war ihm ein sehr wirksames indirektes Zwangsmittel zur Herbeiführung der Sicherheitsleistung an die Hand gegeben.

Auch nach gemeinem Recht kann der Universalfideikommissar, dessen Anspruch auf Restitution noch nicht fällig war, von dem Beschwerten Sicherheitsleistung verlangen.

Nach dem ALR., nach dem der Vorerbe die Stellung eines Nießbrauchers hat, kann der Nacherbe Sicherheit nach Maßgabe der Bestimmungen über den Nießbrauch verlangen, also dann, wenn seine Lage gefährdet erscheint (ALR. I, 12 § 472). Wann eine solche Gefährdung vorliegt und ob eine solche insbesondere in der einseitigen Verfügung des Vorerben über einzelne Erbschaftsgegenstände zu sehen ist, ist Tatfrage[3]). Wird dem Nacherben aber im Falle einer Gefährdung Sicherheit nicht geleistet, so kann er Sequestration verlangen (ALR. I, 21 § 140—142).

Der Code civil von 1804 kennt eine fideikommissarische Substitution überhaupt nur zu Gunsten der Enkel oder Geschwisterkinder, aber auch hier nur in engen Grenzen[4]). In diesen Fällen erlaubter

---

[1]) l. 1 pr. D. ut legatorum seu fideicomm. servandorum causa caveatur. 36,3.

[2]) Tit. Dig. ut in possessionem legatorum vel fideicomm. servandorum causa esse liceat. 36,4.

[3]) Rönne II, S. 60.

[4]) Zachriä-Crome IV, S. 377 ff.

Substitution nimmt ein vom Stifter oder, falls dies nicht geschehen ist, vom Familienrat auf Betreiben des Beschwerten ernannter Pfleger die Rechte des Substituierten wahr (Art. 1056). Versäumt aber der Beschwerte diese Pflicht, die er nach Art. 1056 binnen Monatsfrist zu erfüllen hat, so droht ihm das Gesetz an: il sera déchu du bénéfice de la disposition (Art. 1057). Es ist zwar streitig[1]), ob dieser Ausdruck zu bedeuten hat, daß das Gericht in diesem Falle zu Gunsten des Nacherben den sofortigen Eintritt der Nacherbfolge auszusprechen hat oder ob eine Sequestration angeordnet wird; jedenfalls verliert aber hierdurch der Vorerbe jegliches Verwaltungs- und Verfügungsrecht über die Erbschaft.

Nach dem österreichischen Bürgerlichen Gesetzbuch, ergänzt durch das Patent vom 9. August 1854 (§ 158), ist die Erbschaft dem Vorerben überhaupt nicht eher auszufolgen, bis er die pupillarmäßige Sicherstellung des Restitutionsanspruches nachgewiesen hat, es sei denn, daß der Erblasser oder der Nacherbe diese Sicherstellung erlassen hat[2]).

Im Sächsischen Gesetzbuch, das die fideikommissarische Substitution des gemeinen Rechts mit „Erbanwartschaft" bezeichnet, ist der Vorerbe nach § 2515 gemäß den Vorschriften über den Nießbrauch zur Sicherheitsleistung verpflichtet (§§ 636, 617, 622). Kann die Sicherheit nicht geleistet werden, so ist auf Antrag des Nacherben die Vorerbschaft durch richterliche Anordnung sicherzustellen.

[1]) Sirey, Anmk. 7, 8 zu Art. 1057.

[2]) Unger, Bd. VI, S. 215.

Zweiter Abschnitt.

Die Voraussetzungen der Entziehung des Verwaltungsrechts bei Vorerben.

§ 3.

Das BGB. setzt für die Entziehung des Verwaltungsrechts des Vorerben in den §§ 2128 und 1052 voraus

1. rechtskräftige Verurteilung zur Sicherheitsleistung,
2. Fristsetzung zur Leistung der Sicherheit und Ablauf der Frist, ohne daß die Sicherheit geleistet worden ist.

Sicherheitsleistung (ad. 1) kann verlangt werden, wenn „durch das Verhalten des Vorerben oder durch seine ungünstige Vermögenslage die Besorgnis einer erheblichen Verletzung der Rechte des Nacherben begründet wird" (§ 2128 BGB.). Diese Voraussetzungen werden demnach zunächst im einzelnen untersucht werden müssen.

Das Gesetz spricht von einer erheblichen Verletzung der „Rechte" des Nacherben. Es bezeichnet diese Rechte nicht näher, man wird daraus schließen können, daß hierunter Rechte im weitesten Sinne des Wortes zu verstehen sind[1]). Da aber von den Rechten des Nacherben in der Mehrzahl gesprochen wird, ist zu untersuchen, ob für den Anspruch des Nacherben auf Sicherheitsleistung bezw. auf Anordnung einer

[1]) Sohm, Der Gegenstand, S. 82 ff., S. 85 Nr. 6; Hothorn S. 202.

Verwaltung immer eine Gefährdung mehrerer Rechte des Nacherben, insbesondere seiner ganzen Rechtsstellung notwendig ist, oder ob die Verletzung eines einzelnen Rechtes ausreicht. Beim Nießbrauch, auf den § 2128 Abs. 2 hinweist, ist eine Sequestration an einem einzelnen Gegenstande möglich, da der Nießbrauch selbst sich nur auf einen einzelnen Gegenstand bezieht. Auch beim Nießbrauch an einem Vermögen wird zwar angenommen, daß eine Sequestration dann möglich ist, auch wenn nur ein Recht verletzt ist, und zwar in Höhe dieses Wertes, jedoch soll es sich bei der Sequestration, die den Vorerben trifft, anders verhalten und hier immer die Verletzung einer Mehrheit von Rechten, d. h. des gesamten Nachlasses als solchen notwendig sein[1]). Als Grund dafür wird angegeben, daß eine Maßregel von so umfassender Wirkung, wie sie in § 2129 ausgesprochen wird, nämlich völliger Verlust der Verfügung über Erbschaftsgegenstände nur innere Berechtigung hat, „wenn der Umfang des Sicherungsmittels dem Umfange der Gefährdung oder Verletzung entspricht“[1]).

Diese Annahme erscheint nicht richtig. Wenn man auch davon ausgeht, daß der Umfang des Sicherungsmittels dem Umfange der Gefährdung oder Verletzung entsprechen müsse, so kann doch auch nur ein Recht so erheblich gefährdet sein — und Erheblichkeit verlangt das Gesetz — daß damit auch der ganze Nachlaß gefährdet und ein solch wirksames Sicherungsmittel, wie es die Sequestration ist, angebracht erscheint. Hiernach wird die Verletzung auch nur eines Rechts,

[1]) Hothorn, S. 205.

wenn diese nur erheblich ist, für das Verlangen nach Sicherheitsleistung ausreichend sein[1]).

Infolgedessen würde auch eine Anordnung des Erblassers, nach der die Folgen aus § 2128 schon bei Gefährdung oder Verletzung eines einzelnen Rechtes eintreten sollen, nicht eine Beschwerung des Vorerben bedeuten, „die vom normalen Zustande erheblich abweicht“[2]), sondern diese Anordnung wäre ganz überflüssig, da, wie dargelegt, auch § 2128 BGB. nur die Verletzung eines einzelnen Rechtes erfordert.

Dabei ist hier gleich die Frage zu erwägen, ob auch die Anordnung einer teilweisen Verwaltung zulässig ist, oder ob sich diese immer auf den ganzen Nachlaß erstrecken muß. Da der Nacherbe unter den Voraussetzungen des § 2128 BGB. in erster Reihe Sicherheitsleistung verlangen kann, so wird anzunehmen sein, daß der Nacherbe diese nicht sofort für den gesamten Nachlaß, sondern auch nur für den gefährdeten Teil des Nachlasses fordern kann. Treten aber dann die weiteren Voraussetzungen für die Entziehung der Verwaltung hinzu, so kann dann der Nacherbe auch hier für den gefährdeten Teil des Nachlasses Entziehung der Verwaltung verlangen. Es werden Fälle vorkommen, in denen Vorerbe vielleicht einen Teil des Nachlasses ordentlich verwaltet, den anderen dagegen nicht; eine nur teilweise Verwaltung erscheint dann durchaus angebracht. Natürlich finden dann auch die Vorschriften des § 2129 BGB. über die Folgen der Entziehung des Verwaltungsrechts auch nur für den

[1]) Vgl. Leonhard, § 2128, Nr. 1.

[2]) Hothorn, S. 206.

Teil des Nachlasses Anwendung, über den dem Vorerben die Verwaltung entzogen ist.

§ 4.

Die Besorgnis der Rechtsgefährdung des Nacherben muß hervorgerufen sein durch das „Verhalten des Vorerben oder durch seine ungünstige Vermögenslage". Unter dem Verhalten des Vorerben ist sowohl das in eigenen Angelegenheiten, wie in Angelegenheiten der Erbschaft zu verstehen. Es kann in einem Tun bestehen, z. B. Vornahme der ihm in §§ 2113 ff. BGB. untersagten Verfügungen, in der Schädigung des eigenen Privatvermögens, wie auch in einem Unterlassen, z. B. Nichtverwaltung, Nichtbefolgung der ihm durch das Gesetz als Vorerben besonders auferlegten Pflichten; auch nachlässiges Handeln gehört hierzu, z. B. Nichtvornahme einer durch die Umstände gebotenen Kapitalskündigung.

Es entsteht nun die Frage: Muß das Verhalten des Vorerben immer schuldhaft oder pflichtwidrig sein, oder treten die Folgen aus § 2128 auch ohne Verschulden des Vorerben ein?

Das Gesetz fordert seinem Wortlaut nach ein Verschulden offenbar nicht. Es spricht nur von einem Verhalten, das die Besorgnis der Verletzung der Rechte des Nacherben begründet. „Daß dieses Verhalten lediglich objektiv charakterisiert erscheint, lehrt der Umstand, daß die ungünstige Vermögenslage des Vorerben als adäquater Rechtfertigungsgrund für das Verlangen der Gegenpartei nach Sicherheitsleistung an die Seite gestellt wird"[1]).

[1]) Weyl, S. 347.

Die Motive[1]) äußern freilich zu § 1051, der dem § 2128 fast vollständig entspricht, eine entgegengesetzte Meinung: „Wird auch die regelmäßige Kautionspflicht des Nießbrauchers verneint, so bleibt es doch Bedürfnis, eine solche ausnahmsweise, nämlich für den Fall der durch ein vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten des Nießbrauchers (ALR. I, 21, § 20, österr. BGB. § 250) hervorgerufenen besonderen Gefährdung des Eigentümers zu bestimmen".

Mit Rücksicht hierauf wird der Standpunkt vertreten, unter dem Verhalten des Vorerben sei eine Pflichtverletzung, ein vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten, d. h. ein Verschulden, zu verstehen[2]).

Dagegen ist nun einzuwenden, daß die von den Motiven zu den Worten „vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten" angeführten Bestimmungen des preußischen ALR. und des österreichischen BGB. ebensowenig wie Entw. I, § 1005 BGB. und BGB. § 1051 und § 2128 ein wirkliches Verschulden auch nur andeuten.

Ferner steht die Bemerkung der Motive offenbar „im Zusammenhange mit ihrer nicht anzunehmenden Behauptung (§ 249), daß nach dem Sprachgebrauche des Entwurfs der Ausdruck Verletzen auf eine schuldhafte Plichtverletzung hinweise; nun werden aber zur Bekräftigung dieser Behauptung, die jedenfalls für das BGB. nicht mehr zutrifft, gerade die §§ 1051 und 1052 von den Motiven herangezogen, und zu ihnen geben die Motive die erwähnte Erläuterung"[3]).

[1]) Mot. Bd. III, S. 519.

[2]) Peiser, S. 108; Turnau-Förster, Bd. I, S. 598; Türke, § 1051 Anm.

[3]) Weyl, S. 547.

Dagegen spricht auch, daß auch bei Gefährdung der Sicherheit einer Hypothek nach den §§ 1132, 1133 BGB. und auch in § 50 des preuß. Eigentumserwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872 kein Verschulden verlangt wird[1]).

Läßt man die weitgehenden Folgen des § 2128 auch ohne Verschulden des Vorerben eintreten, so erscheint eine solche Maßregel für den Vorerben sehr hart und drückend. Eine Härte liegt aber nicht darin, denn für den Vorerben ist eine erhebliche materielle Schädigung mit der Entziehung der Verwaltung nicht verknüpft, da er ja, wie noch darzulegen sein wird, die Nutzungen der Erbschaft, allerdings mit Abzug der Kosten der Verwaltung behält. Andererseits würde die Stellung des Nacherben insofern ungünstig sein, als er nur bei verschuldeter Verletzung seiner Rechte sollte Sicherheit verlangen können. Dies würde aber dem Zweck der Vorschrift widersprechen, die eben dahin geht, dem Nacherben den Bestand der Erbschaft, auf die er in ihrem vollen Umfange ein Anwartschaftsrecht hat, zu sichern.

Nicht zu verkennen ist allerdings, daß in der Regel ein Verschulden gegeben sein wird, wenn das Verhalten derart ist, daß die fragliche Besorgnis dadurch begründet wird. Es dürften aber auch Fälle vorkommen, wo eine Verletzung der Rechte des Nacherben auch ohne Verschulden des Vorerben eintritt. Eine solche Verletzung ohne Verschulden des Vorerben liegt nicht schon dann vor, wenn, wie Salinger anführt, der Vorerbe auswandert und die der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstände mit sich nimmt;

[1]) Dernburg, Bürg. Recht, Bd. III, S. 618.

kein Verschulden würde etwa dann vorliegen, wenn der Vorerbe dem Nacherben Mitteilung von der Auswanderung macht und auch vielleicht die Absicht, den Nacherben zu schädigen, aus seinem Verhalten nicht hervorgeht. Aus der bloßen Tatsache der Auswanderung des Vorerben läßt sich jedenfalls ein Nicht-Verschulden nicht schließen.

Aus diesen Gründen sind die Motive nicht entscheidend, sondern man wird gegen die oben angeführten Ansichten annehmen, daß es lediglich auf die Tatsache der Gefährdung, nicht aber auf ein Verschulden des Vorerben ankommt[1]).

§ 5.

Kann nun der Nacherbe Sicherheitsleistung auch dann verlangen, wenn zwar durch das Verhalten des Vorerben die Verletzung der Rechte des Nacherben zu besorgen ist, dieses Verhalten des Vorerben aber auch das bei seiner eigenen Vermögensverwaltung übliche ist; m. a. W.: kann sich der in Anspruch genommene Vorerbe damit exkulpieren, er verwende in eigenen Angelegenheiten auch keine größere Sorgfalt und hafte auch nach § 2131 BGB. dem Nacherben nur für diese?

M. E. kann sich der Vorerbe nicht darauf berufen. Er hat zu berücksichtigen, daß nach ihm noch ein anderer die Erbschaft erhalten soll, und er muß dieses

[1]) Ebenso Crome, S. 566, Nr. 165; Köhne-Feist, S. 248; Komm. d. RGR. § 2128, Nr. 1; Kuhlenbeck, § 2128, Nr. 1; Leonhard, § 2128, Nr. 2; Maenner, S. 315; Planck, § 1051 Anm., § 2128, Anm. 2; Salinger, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 19, S. 180; Staudinger, Anm. 3 zu gemeins. Bem. zu § 2127—2129; Strohal, Bd. I, § 28, Nr. 38; Oberneck, S. 691.

Anwartschaftsrecht beachten. Wenn dagegen geltend gemacht wird, daß die Beschränkung der Haftung dem mutmaßlichen Willen des Erblassers entspreche (Prot. Bd. V, S. 96), und daß sich auch hier das Verhalten des Vorerben nur auf die diligentia quam in suis rebus beschränke, so hat doch andererseits der Erblasser auch ein Interesse daran, daß der Nacherbe den Nachlaß unter möglichster Erhaltung seines ursprünglichen Aussehens bekommt.

Unerheblich erscheint auch die Tatsache, daß der Vorerbe jetzt Eigentümer der Nachlaßgegenstände sei und als solcher nur die diligentia quam in suis rebus anzuwenden habe. Denn es folgt daraus noch nicht, daß er für den Nachlaß nicht mehr Sorgfalt verwenden müsse als für sein übriges Vermögen. Man wird immer berücksichtigen müssen, daß „der Vorerbe nur Fiduzier ist, der diese Erbschaft wieder hergeben muß, und sie nicht als freies Eigen behalten darf“[1]).

§ 6.

Die Besorgnis der Verletzung der Rechte des Nacherben kann auch hervorgerufen sein durch die ungünstige Vermögenslage des Vorerben. Damit ist natürlich nur die des Privatvermögens gemeint. Eine solche wird insbesondere dann vorliegen, wenn Konkurs über das Vermögen des Vorerben eröffnet worden ist oder die Zwangsvollstreckung in das Vermögen erfolglos war. Im Einzelfalle wird richterliches Ermessen entscheiden. Übrigens brauchen auch die schlechtesten Vermögensverhältnisse des Vorerben

[1]) Hachenburg, Stud. S. 55.

nicht unter allen Umständen die Befürchtung einer erheblichen Rechtsverletzung erzeugen, z. B. wenn der in ungünstigen Vermögensverhältnissen befindliche Vorerbe entmündigt ist und die Verwaltung der Vorerbschaft in den Händen eines Vormundes liegt[1]); ob die Gefahr besteht, daß der Vormund die Erbschaft angreift, ist eine andere Frage.

Ob die ungünstige Vermögenslage schon vor dem Erbfall bestanden hat oder erst nach dem Erbfall eingetreten ist, ist gleichgültig[2]). Wesentlich dagegen ist, daß zwischen dem Verhalten des Vorerben oder der ungünstigen Vermögenslage einerseits und der Besorgnis andererseits ein Kausalzusammenhang vorhanden ist. Die bloße Tatsache, daß der Vorerbe sich in schlechten Vermögensverhältnissen befindet, genügt nicht. Andererseits ist für eine Anwendung des § 2128 dann kein Raum, wenn jene Besorgnis zwar begründet ist, aber infolge anderer Tatsachen als der oben angeführten; man denke etwa an den Fall, daß durch höhere Gewalt ein Teil der Nachlaßgegenstände untergeht; dann kann natürlich dem Vorerben die Verwaltung über die übrigen Nachlaßgegenstände nicht entzogen werden.

§ 7.

Durch das Verhalten des Vorerben oder durch seine ungünstige Vermögenslage kann die Besorgnis auch schon im Augenblicke des Erbfalls begründet sein[3]). Der Nacherbe kann dann sofort, noch bevor

[1]) Hothorn, S. 208.
[2]) Prot. V, S. 114.
[3]) Ebenso Planck, § 2128 Anm. b.; Hachenburg, Stud. S. 56; Hothorn, S. 207.

der Vorerbe in die Erbschaftsverwaltung eingetreten ist, die Sicherheitsleistung verlangen, z. B. wenn der Vorerbe im Moment des Erbschaftsanfalls überschuldet oder als schlechter Hauswirt bekannt war.

Eine andere Ansicht[1]) erachtet die fragliche Besorgnis erst dann für vorliegend, „wenn, falls zu dieser Zeit die Nacherbfolge eintrete, ein Ersatzanspruch begründet wäre“[2]). Offenbar stützt sich diese Ansicht auf die Motive[3]), die bemerken: Wenn das Verhalten und die Vermögensverhältnisse des Vorerben derart seien, daß, falls in diesem Augenblick eine Übergabe der Erbschaft an den Nacherben stattzufinden hätte, ein Ersatzanspruch des Nacherben begründet sein würde, so müsse der Vorerbe verpflichtet sein, Sicherheit zu leisten.

Die Motive setzen also einen Ersatzanspruch für das Bestehen der Besorgnis voraus. Es werden aber sehr viele Fälle vorkommen, in denen die Besorgnis auch ohne das Bestehen solcher Ersatzansprüche begründet ist; man denke nur daran, daß z. B. der Vorerbe, um sich aus Vermögensschwierigkeiten zu helfen, den Nachlaß anzugreifen droht, aber eine Verletzung noch nicht eingetreten ist. Auch hier würde die schlechte Vermögenslage an sich garnicht in Betracht kommen, da durch sie allein niemals ein Ersatzanspruch

---

[1]) Borcherdt, S. 389; Wilke, § 2128 Anm. 1.

[2]) Nach Wilke muß dieser Ersatzanspruch sogar „infolge des Verhaltens oder der ungünstigen Vermögenslage des Vorerben begründet sein“. Man wird aber schwerlich aus der bloßen ungünstigen Vermögenslage des Vorerben einen Schadensersatzanspruch herleiten können.

[3]) Mot. Bd. V, S. 124.

gegeben ist. Sie könnte höchstens insofern wesentlich werden, als sie das Verhalten des Vorerben beeinflußt hätte. Man wird deshalb dieser Ansicht, die auch keine Stütze im Wortlaut des Gesetzes findet, nicht beistimmen können, sondern das Verlangen nach Sicherheitsleistung auch ohne bereits eingetretene Ersatzansprüche für gerechtfertigt erachten.

Gegen die hier vertretene Ansicht aber könnte nun der Vorwurf erhoben werden, es erscheine unbillig dem Vorerben auch ohne das Bestehen von Ersatzansprüchen, die Verwaltung schon, bevor er überhaupt in die Verwaltung eingetreten ist, zu entziehen. Denn es könne ja der Vorerbe, auch wenn er sich vorher in eigenen Angelegenheiten leichtsinnig zeige, sich jetzt, wo er wisse, daß ein anderer noch ein Anwartschaftsrecht auf den Nachlaß habe, einer sorgfältigeren Verwaltung befleißigen. Dieser Einwand scheint mir nicht gerechtfertigt. Der Nacherbe soll nicht erst warten, bis der Nachlaß angegriffen und er auf Ersatzansprüche angewiesen ist. Insbesondere würden ihm diese nichts nützen, wenn der Vorerbe mittellos ist. In dem Anspruch auf Sicherheitsleistung bezw. der Verwaltungsentziehung ist dem Nacherben gerade ein Mittel in die Hand gegeben, Verletzungen seiner Rechte und damit auch den Ersatzansprüchen überhaupt vorzubeugen. Wie bereits erwähnt, hat eben der Nacherbe ein Anrecht darauf, den Nachlaß in seiner ursprünglichen Gestalt zu bekommen, und er soll nicht auf die Surrogate angewiesen sein. Daß im übrigen die Entziehung der Verwaltung für einen leichtsinnigen Vorerben keinen Nachteil bedeutet, ist auch hier zu bemerken.

§ 8.

Liegen die Voraussetzungen des § 2128 Abs. 1 vor, so kann der Nacherbe vom Vorerben Sicherheitsleistung verlangen. Um ihm aber die Verwaltung entziehen zu können, wird rechtskräftige Verurteilung zu dieser Sicherheitsleistung verlangt. Ferner muß dem Vorerben eine Frist gesetzt sein, binnen der er die Sicherheit zu leisten hat; diese läuft von der Rechtskraft des ersten Urteils. Durch Parteivereinbarung kann sie abgeändert werden, die Gerichtsferien unterbrechen sie nicht. Auf Antrag des Nacherben kann die Frist nach § 255 Abs. 2 ZPO. schon in dem Urteil, das die Verpflichtung des Vorerben zur Sicherheitsleistung ausspricht, vom Prozeßgericht gesetzt werden. Nicht notwendig muß der Antrag schon in der Klageschrift enthalten sein, sondern er kann nach § 268 Nr. 2 ZPO. als Erweiterung des Klageantrages auch noch im Laufe der mündlichen Verhandlung erhoben werden. Die Frist selbst ist nach richterlichem Ermessen im Urteile zu bestimmen, dies soll jeden künftigen Streit über ihre Angemessenheit vermeiden.

Ist der Antrag auf Fristsetzung im Urteil nicht gestellt, so erscheint es fraglich, welches Gericht die Frist zu setzen hat. Denn daß die Frist vom Gericht gesetzt werden muß, spricht § 1052 BGB. ausdrücklich aus. Andererseits muß nach § 255 ZPO. die Frist nicht im Urteil gesetzt werden; es muß daher eine Möglichkeit geben, den Antrag auf Fristbestimmung auch selbständig zu stellen und nicht nur, wie Seuffert[1]) annimmt, in Verbindung mit dem Antrage

[1]) Seuffert, § 255 Anm.

auf Verurteilung des Beklagten zur Leistung. Es ist anzunehmen, daß diese Fristsetzung, obwohl sie ihrem Wesen nach ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist, hier dem ohnehin mit der Sache befaßten Prozeßrichter übertragen wird[1]).

Für die Entziehung der Verwaltung wird endlich noch verlangt, daß der Vorerbe binnen der ihm gesetzten Frist die Sicherheit nicht geleistet hat. Leistet er sie erst nachträglich, so ist die Verwaltung wieder aufzuheben.

§ 9.

Den Anspruch auf Anordnung einer Verwaltung kann der Nacherbe nur im Wege der Klage bei dem ordentlichen Gericht geltend machen[2]). Die Anordnung selbst wird durch konstitutives Urteil ausgesprochen.

Eine andere Ansicht sieht die Anordnung der Verwaltung nur als eine prozessuale Vollstreckungsmaßregel an, die auf Grund des die Sicherheitsleistung aussprechenden Urteils und des Nachweises des Ablaufs der bestimmten Frist vorgenommen wird. Die Vertreter dieser Ansicht streiten aber noch darüber, welches Gericht die Vollstreckung vorzunehmen hat, ob das Vollstreckungsgericht[3]) oder

[1]) a. M. Planck, § 1052 Anm.; Turnau-Förster, § 1052, die das Vollstreckungsgericht, das nach ihrer Ansicht auch den Verwalter zu bestellen hat, auch zur Fristsetzung für zuständig halten; ebenso Staudinger, § 1052 Anm.; Gaupp-Stein, § 255 Anm.

[2]) Ebenso Planck, 1. und 2. Aufl., § 1052, Nr. 2; Kuttner, S. 65; Cosack II, 1, S. 205; Maenner, S. 316, Nr. 36.

[3]) Biermann, § 1052, Nr. 1; Crome, Bd. III, § 435, Nr. 138; Fuchs, § 1052, Anm.; Kretschmar, § 1052, Nr. 2; Planck, 3. Aufl., § 1052, Nr. 3b; Staudinger, § 1052, Nr. 1b; Turnau-Förster, § 1052, Nr. 2.

das Prozeßgericht erster Instanz nach Analogie von § 887 ZPO.[1])

Die beiden letztgenannten Ansichten gehen davon aus, daß es sich bei dem Rechte des Nacherben, die Anordnung einer Verwaltung zu verlangen, nicht um einen mit dem Eintritt der gesetzlichen Voraussetzungen entstehenden privatrechtlichen Anspruch des Nacherben handele. Eine Klage wäre deshalb nicht denkbar; es könne vielmehr der Nacherbe ebenso, wie er auf Grund des zur Sicherheitsleistung kondemnierenden Urteils diese im Wege der Zwangsvollstreckung verlangen könne, in derselben Weise auf Grund desselben Urteils und der angeführten weiteren Voraussetzungen die Anordnung der Verwaltung verlangen.

M. E. erwächst dem Nacherben auf Grund des die Sicherheitsleistung anordnenden Urteils nur „das private rechtsgestaltende Wahlrecht, anstatt der Durchsetzung des Urteilsinhalts nunmehr etwas ganz anderes zu verlangen“[2]). Es entsteht also auf Grund des rechtskräftigen Urteils mit dem Ablauf der Frist für den Vorerben ein selbständiges neues, im Privatrecht wurzelndes Recht, nämlich das, die Anordnung der Verwaltung zu verlangen. Dieses neue Recht aber kann nicht auf Grund eines Urteils, das etwas ganz anderes zum Gegenstand hatte — denn das Verlangen nach Sequestration war garnicht Gegenstand des Rechtsstreites — im Wege der Zwangsvollstreckung zur

[1]) Dernburg, III, S. 619, Nr. 23; Fischer-Henle, § 1052, Nr. 2; Hellwig, Anspr. u. Klagr., S. 460, Nr. 7; Müller-Meikel, II, S. 630.

[2]) Kuttner, S. 64.

Vollstreckung gebracht werden. Es wird vielmehr ein neues Urteil notwendig sein.

Dafür spricht auch ein Vergleich mit § 1054[1]). Dort hat der Eigentümer das Recht, die Entziehung der Verwaltung zu verlangen unter der Voraussetzung, daß der Nießbraucher Rechte des Eigentümers trotz Abmahnung erheblich verletzt hat. Dieses Recht ist ihm hier schon gegeben, ohne daß eine rechtskräftige Verurteilung zur Sicherheitsleistung erfolgt zu sein braucht. In diesem Falle kann also der Eigentümer seinen Anspruch garnicht anders geltend machen als im Wege der Klage bei dem ordentlichen Gericht. Da nun § 1054 ausdrücklich bezüglich der Anordnung der Verwaltung auf § 1052 verweist, so wird man anzunehmen haben, daß auch in § 1052 und infolgedessen auch in § 2128 das Recht, die Anordnung einer Verwaltung zu verlangen, nur durch Klage auf Erlaß eines konstitutiven Urteils wird geltend gemacht werden können.

Die Ansicht, nach der die Anordnung der Verwaltung durch das Prozeßgericht erster Instanz nach Analogie von § 887 ZPO. im Beschlußwege (§ 891 ZPO.) anzuordnen sei, wird auch deshalb abzuweisen sein, weil § 887 nur auf „die Verwirklichung des Urteilsinhalts selbst hinzielt“[2]) und darum nicht analog anzuwenden ist.

Allerdings muß nach der hier vertretenen Ansicht der Nacherbe in jedem Falle gegen den Vorerben auf Entziehung der Verwaltung klagen, selbst wenn dieser

[1]) Vgl. Kuttner, S. 65.
[2]) Kuttner, S. 66.

damit einverstanden ist. Denn wenn auch eine freiwillige Sequestration möglich ist, so kann diese doch nur in der Weise erfolgen, daß der Vorerbe sich dem Nacherben gegenüber verpflichtet, einem Dritten die Verwaltung des Nachlasses zu übertragen und diese Verpflichtung auch ausführt. Aber der Dritte ist dann nur der Beauftragte und Bevollmächtigte des Vorerben und hat als solcher nicht die Stellung des vom Vorerben ganz unabhängigen gerichtlichen Verwalters.

Unbegründet aber ist der Einwand, bis zur Durchführung des zweiten Prozesses und der Bestellung des Verwalters liege ein solcher Zeitraum, daß der Vorerbe die Möglichkeit habe, in dieser Zeit durch Verfügungen den Zweck der Vorschrift ganz hinfällig zu machen. Es bleibt ja dem Nacherben unbenommen, zur Sicherung des bestehenden Zustandes sich des Mittels der einstweiligen Verfügung zu bedienen; denn dieses wird durch den Antrag auf Erlaß eines die Anordnung der Verwaltung aussprechenden Urteils nicht ausgeschlossen. Die einstweilige Verfügung aber kann, da das Gericht die erforderlichen Anordnungen nach freiem Ermessen bestimmt, auch in einer Sequestration bestehen (§ 938 ZPO.).

Zu erwägen ist hier noch die Frage, ob der Vorerbe, um die Führung zweier Prozesse zu ersparen, gleichzeitig auf Sicherheitsleistung und auf Entziehung der Verwaltung, die nach Ablauf der im Urteil vorgesehenen Frist eintreten würde, klagen kann.

Hierbei ist zunächst zu prüfen, ob überhaupt auf Entziehung der Verwaltung schon geklagt werden kann, noch bevor die nach § 1054 BGB. erforderliche Frist abgelaufen ist. Wie oben dargelegt, tritt der

Anspruch auf Entziehung der Verwaltung erst mit den in § 2128 BGB. enthaltenen Voraussetzungen ein, zu denen auch der Ablauf der Frist gehört.

Vor Ablauf der Frist ist dieser Anspruch also ein künftiger. Da nun auch Klage auf Leistung, abgesehen von einigen besonderen im Gesetz vorgesehenen Fällen, nicht zulässig ist, so wird ebensowenig eine Klage auf künftige Rechtsänderung möglich sein[1]); denn ebenso wie das Bestehen eines Leistungsklagerechts eine fällige Verpflichtung voraussetzt, so auch das Klagerecht auf konstitutives Urteil das Vorhandensein des Rechts auf Rechtsänderung. Dieses ist aber erst mit dem Ablauf der Frist der Fall. Mithin kann auch vor Ablauf der Frist nicht auf Erlaß eines konstitutiven Urteils geklagt werden.

Daraus ergibt sich ferner, daß mit der Klage auf Sicherheitsleistung nicht auch die Klage auf Entziehung der Verwaltung verbunden werden kann.

Ist nun das Urteil rechtskräftig geworden, so tritt damit die Entziehung der Verwaltung ein. Die Bestellung des Verwalters erfolgt durch das Vollstreckungsgericht[2]) (§§ 1, 146, 150 ff. ZVG.). Dasselbe Gericht hat auch die Beaufsichtigung des Verwalters (§ 153, 154 ZVG.), wie bei einem für die Zwangsverwaltung eines Grundstücks bestellten Verwalter (§ 1052, Abs. 2 BGB.). Es erscheint auch unbedenk-

---

[1]) Vgl. Hellwig, Lehrb. I, S. 395.

[2]) Vgl. Denkschr. z. Ges. f. freiw. Gerichtsbarkeit, S. 84, 85; Kuttner, S. 66; Schneider, § 165 Anm. 2, nicht das Prozeßgericht.

lich, den Nacherben entsprechend § 1052 Abs. 2 BGB. zum Verwalter zu bestellen.

§ 10.

Am Schlusse dieses Teils sollen noch einige Spezialfälle betrachtet werden, und zwar zunächst, ob und unter welchen Umständen dem befreiten Vorerben (§ 2136 BGB.) die Verwaltung entzogen werden kann.

Ist der Vorerbe von den Vorschriften des § 2128 Abs. 2 BGB. befreit, so entfällt für den Nacherben das Wahlrecht, statt der Sicherheitsleistung Entziehung der Verwaltung zu verlangen. Wenn der Anspruch auf Sicherheitsleistung nicht durchführbar ist, so steht ihm nur das Mittel der einstweiligen Verfügung zu Gebote.

Eine Befreiung des Vorerben nur von § 2128 Abs.1, d. h., daß der Nacherbe nur Sequestration aber keine Sicherheitsleistung sollte verlangen können, dürfte nicht möglich sein, denn die Nichterbringung der Sicherheitsleistung ist Voraussetzung für die Entziehung der Verwaltung. Übrigens würde eine solche Bestimmung für den Vorerben sehr erschwerend sein, da für ihn hierdurch das Recht, die Sequestration durch nachträgliche Sicherheitsleistung abzuwenden, entfällt. Einer derartigen Bestimmung des Erblassers dürfte daher keine Wirkung beizumessen sein[1]).

Ist durch den Willen des Erblassers der § 2128 BGB. ganz ausgeschaltet, so entfällt natürlich auch § 2129, da § 2128 die Voraussetzungen für die nach § 2129 eintretenden Folgen enthält. Es steht hier

[1]) Vgl. Hothorn, S. 211.

dem Nacherben nur die einstweilige Verfügung als Sicherungsmittel zu Gebote.

Auf den Fall der Befreiung von § 2129 wird weiter unten einzugehen sein.

Kurz erwähnt soll auch die Frage werden, unter welchen Voraussetzungen eine Entziehung der Verwaltung möglich ist in dem Falle, wenn der Vorerbe zugleich Miterbe ist. Insoweit hier ein Verhalten des Vorerben hinsichtlich der Angelegenheiten der Erbschaft in Frage kommt, wird man dafür seine Teilnahme an der Verwaltung setzen[1]). Es wird infolgedessen schwer sein, festzustellen, wann der Vorerbe durch diese seine Teilnahme die Rechte des Nacherben erheblich verletzt. Insbesondere wird hier der Fall in Betracht kommen, daß der Vorerbe infolge der Größe seines Anteils stets über die Stimmenmehrheit verfügt und so seine Vorschläge durchsetzen kann. Wird in einem solchen Falle infolge unrichtiger Verwaltung des Nachlasses die in Frage kommende Besorgnis begründet, so wird auch hier eine Entziehung der Verwaltung, soweit sie bisher dem Vorerben zustand, angeordnet werden können.

Dritter Abschnitt.

Die Folgen der Entziehung des Verwaltungsrechts des Vorerben.

§ 11.

Wird dem Vorerben in dieser Weise die Verwaltung entzogen, so bleibt er dennoch Eigentümer der Erbschaftssachen und behält die Nutzungen der

[1]) Vgl. Hothorn, S. 113.

Erbschaft mit Abzug der Kosten des Zwangsverwaltungsverfahrens, der Kosten der Erhaltung der Erbschaft und der laufenden Beträge der öffentlichen Lasten. Nur das Verfügungsrecht über die Erbschaftsgegenstände verliert er mit der Entziehung der Verwaltung (§ 2129 Abs. 1).

Unter den „Erbschaftsgegenständen" sind körperliche wie unkörperliche Gegenstände, Sachen und Rechte, die zur Erbschaft gehören, m. a. W. „die aktiven Bestandteile des Vermögens"[1]) des Erblassers zu verstehen. Zu diesen Gegenständen gehören auch diejenigen, die durch Surrogation (§ 2111 BGB.) in das Erbschaftsvermögen gelangt sind. Dazu gehören ferner auch Rechte, insbesondere auch die Urheberrechte. Denn da sie vererblich sind[2]) (§ 3 RG. vom 11. 1. 76 betr. Urheberrechte an Mustern und Modellen, § 6 Patentgesetz, § 7 Musterschutzgesetz), gehen sie als Bestandteile der Erbschaft auf den Erben über und gehören demgemäß auch zu den Erbschaftsgegenständen.

Kein Erbschaftsgegenstand ist jedoch die Erbschaft als Ganzes. Eine Verfügung über sie kommt aber hier garnicht in Frage, da eine dingliche Verfügung über sie überhaupt nicht möglich ist[3]). Dagegen wird man eine Verfügung des Vorerben, der zugleich Miterbe ist, über seinen Anteil am Nachlaß auch nach entzogener Verwaltung vorbehaltlich der Rechte des Nacherben für zulässig halten (vgl. § 2033 BGB).

[1]) Vgl. Sohm, Der Gegenstand, S. 1 ff., S. 16 ff., S. 21 ff.

[2]) Binder, Bd. I, S. 23 ff., 27.

[3]) Staudinger, § 2112—2115, Anm. 2.

Denn auch der Anteil am Nachlaß ist kein Erbschaftsgegenstand.

§ 12.

Da der Vorerbe mit der Entziehung der Verwaltung das Recht verliert, über diese Gegenstände zu verfügen, wird es notwendig sein, klarzulegen, was unter diesem Begriff der Verfügung zu verstehen ist[1]). Im Rahmen unserer Aufgabe kann jedoch nur in großen Umrissen auf das wichtigste eingegangen werden.

Wie allgemein im BGB., so ist auch hier unter einer Verfügung zunächst einmal jedes Rechtsgeschäft zu verstehen, durch das unmittelbar ein Recht übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben wird, wie z. B. die Veräußerung, Übertragung eines dinglichen Rechts an einer Sache, ferner Erlaß, Verzicht, Annahme von Leistungen usw. Nicht hierher gehört die Verpflichtung zu einer Leistung; diese bindet den Schuldner nur persönlich und verpflichtet ihn lediglich, künftig einen Rechtszustand zu ändern, während die Verfügung diese Änderung selbst in ihrer Vornahme herbeiführt. Verpflichtet sich also der Vorerbe im Falle des Eintritts der Folgen aus § 2129 Abs. 1 zu einer Leistung, so ist diese Verpflichtung zwar gültig, aber die Leistung des geschuldeten Gegenstandes ist, soweit er die Erbschaft angeht, nicht möglich. Nicht unter den Begriff der Verfügung ge-

[1]) Vgl. Böhm, S. 8; Eccius bei Gruchot, Bd. 48, S. 467; Fischer-Henle, Bem. v. § 104; Fuchs, S. 42; P. Meyer, § 24, Anm. 2, § 46, Anm. 18; Mot. Bd. 3, S. 9; Planck, Bem. 3c zu § 2112; Sohm, Gegenstand, S. 7; Staudinger, Bem. 2 zu §§ 2112 bis 2115; Wilutzki, im Arch. f. bürg. R., Bd. 28, S. 53 ff., S. 192, 201.

hört auch die Vermietung und Verpachtung einer Sache. In diesem Falle entsteht lediglich ein obligatorischer Anspruch des Mieters, bezw. Pächters gegen den Vermieter, bezw. Verpächter auf Überlassung des Gegenstandes, jedoch kein die Sache selbst dinglich belastendes Recht[1]).

Den rechtsgeschäftlichen Verfügungen gleichzustellen sind, was in Entw. 2[2]) ausdrücklich ausgesprochen war, die Verfügungen durch Urteil (§§ 894, 895 ZPO.), ferner die Wegnahme einer Sache durch den Gerichtsvollzieher (§ 897 ZPO.); denn das Urteil ersetzt eine Tätigkeit des Schuldners, zu deren Vornahme er verpflichtet ist.

Hierher gehören auch die Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung und des Arrestes vorgenommen werden. Auch diese sollen nach der Entziehung der Verwaltung nicht mehr zulässig sein. Sie sind zwar schon nach § 2115 BGB. beim Eintritt des Falles der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würden. Insoweit dies aber nicht der Fall ist, sollen sie nach entzogener Verwaltung auch unwirksam sein. In der Mehrzahl der Fälle wird allerdings der Schutz des § 2115 BGB. ausreichen, da eine derartige Verfügung sich in der Regel als Vereitelung oder Beeinträchtigung der Rechte des Nacherben darstellen wird.

Unter den Verfügungen versteht das BGB. nur die Verfügungen unter Lebenden, nicht auch die von

[1]) A. A. Cosack, Bd. 2, S. 289, der das Vorhandensein eines dinglichen Miet- und Pachtrechts behauptet.

[2]) Vgl. Prot. Bd. 5, S. 113.

Todeswegen[1]). Es ist nun zu untersuchen, ob in dem Verlust des Verfügungsrechts im Falle des § 2129 Abs. 1 der Vorerbe auch das Recht verliert, letztwillige Verfügungen über Erbschaftsgegenstände zu treffen; hierbei ist natürlich nur an den Fall zu denken, daß der Nacherbfall an einem Termin oder unter einer Bedingung eintritt, der Vorerbe aber schon vorher verstirbt und auch nicht § 2102 BGB. gegeben ist. Da die letztwillige Verfügung nicht zu den dinglichen gehört, wird man dem Vorerben das Recht, über die Erbschaft oder einzelne Erbschaftsgegenstände letztwillig zu verfügen, zugestehen müssen. Anders steht es mit den Vermächtnissen, durch die der Vorerbe einen Erbschaftsgegenstand einem Dritten zuwendet. Auch dieser Fall kann nur vorkommen, wenn der Vorerbe vor Eintritt der Nacherbfolge verstirbt. Durch ein solches Vermächtnis entsteht nur eine obligatorische Verpflichtung; eine Verfügung in dem Sinne des § 2129 Abs. 1 tritt erst ein bei der Verwirklichung der Verpflichtung durch die Erben des Vorerben. Da aber eine solche Verfügung unentgeltlich ist, ist sie schon nach § 2113 Abs. 2 unwirksam, das Vermächtnis an sich aber nicht.

Nicht unter den Begriff der Verfügung fällt die Prozeßführung[2]). Indessen wird der Verlust des Prozeßführungsrechts schon dadurch bewirkt, daß dem Vorerben die Verwaltung entzogen wird; denn durch die Anordnung der Verwaltung wird der Nach-

---

[1]) Vgl. Staudinger, Anm. 2 zu gemeinsamen Bemerkungen zu § 2112–2115.

[2]) Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, §§ 409, 411; Anspruch und Klagr., § 4.

laß zu einem selbständigen Sondervermögen abgesondert, das nunmehr von dem Verwalter vertreten wird. Der Vorerbe ist also sachlich nicht mehr legitimiert, und seine Prozeßführung hat, solange die Verwaltung dauert, keine Wirkung. Ob und wie weit allerdings der gute Glaube des Gegners, dem die Anordnung der Verwaltung unbekannt war, die mangelnde Sachlegitimation des Vorerben heilt, wird unten näher zu betrachten sein.

§ 13.

Nimmt der Vorerbe trotz der Verwaltungsentziehung Verfügungen vor, so sind diese unwirksam. Es wird zu prüfen sein, von welcher rechtlichen Natur diese Unwirksamkeit ist. Die Materialien ergeben nichts. In der Literatur herrscht Streit darüber, ob die Unwirksamkeit der entgegen § 2129 Abs. 1 vorgenommenen Verfügungen absoluter oder relativer Natur ist, m. a. W. ob die Unwirksamkeit auch Dritten gegenüber wirkt, also auch von jedem Dritten geltend gemacht werden kann, oder ob sie nur dem Nacherben gegenüber eintritt, und nur dieser zu ihrer Geltendmachung berechtigt ist.

Die Ansicht, daß die Unwirksamkeit nur relativer Natur ist, dürfte m. E. als die richtige anzusehen sein[1]); denn es liegt nahe, § 135 BGB. sinngemäß anzuwenden. Daß nämlich die Verfügungsbeschränkung — eine Verfügungsbeschränkung ist auch völlige Entziehung der Dispositionsbefugnis[2]) — nur zu Gunsten einer

[1]) Ebenso Güthe, Bd. 1, S. 234; Hachenburg, Vortr. S. 147; Kretzschmar, Sachenr. S. 114, 115; Mothes, S. 86; Wendt, im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 89, S. 44 und 45.

[2]) Vgl. Mot. Bd. 3, S. 316.

bestimmten Person, nämlich des Nacherben gegeben ist, ist ohne weiteres ersichtlich. Es fragt sich nur noch, ist die Verfügungsbeschränkung ein Veräußerungsverbot im Sinne des § 135 BGB.? Verfügungsbeschränkung und Veräußerungsverbot lassen sich nicht streng von einander scheiden, und es werden diese Begriffe vom BGB. z. B. §§ 878, 892, 894 und von der GBO. § 22 auch unterschiedslos gebraucht. Auch in der Literatur ist man zu einer feststehenden Unterscheidung dieser beiden Begriffe noch nicht gekommen[1]). Unbestritten ist nur, daß jede Verfügungsbeschränkung zugleich ein Veräußerungsgebot enthält[2]). Selbst wenn man die in § 2129 vorliegende Verfügungsgewalt nicht als Veräußerungsgebot ansieht, so wird man den § 135 BGB. doch mindestens sinngemäß anwenden können.

Eine solche Anwendung des § 135 findet auch im Falle des § 2211 BGB. statt. Dort ist gesagt, daß der Erbe über die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Gegenstände nicht verfügen kann. Ein Unterschied aber zwischen der Stellung des Vorerben, dem die Verwaltung entzogen ist, und der infolgedessen das Recht verliert, „über Erbschaftsgegenstände zu verfügen", und des Erben, der über die Erbschaftsgegenstände „nicht verfügen kann", ist nicht vorhanden[3]). In dem Falle des § 2111 aber wird die Verfügungsbeschränkung als gesetzliches

[1]) Vgl. Achilles, S. 23; Herold im Sächs. Arch. f. Rechtspflege 1906, S. 481; Crome, Bd. 5, § 359, Nr. 2; Predari, S. 189; Raape, S. 26; Planck, Bd. 3, S. 77; Strohal, rel. Unwirksamkeit, S. 11.

[2]) Vgl. Fischer-Henle, § 134, Nr. 2.

[3]) Vgl. Herold, S. 493; Kretzschmar, Sachenr. S. 114.

Veräußerungsverbot bezeichnet[1]) und damit der § 137 für unmittelbar anwendbar erklärt. Kretzschmar erachtet in diesem Falle eine solche „Identifizierung des Veräußerungsverbotes mit der Verfügungsbeschränkung materiell durchaus für gerechtfertigt". Nimmt man also im § 2211 die Anwendbarkeit des § 135 an, so kann aus denselben Gründen auch in § 2129 Abs. 1 BGB. die relative Natur der Unwirksamkeit hergeleitet werden.

§ 14.

Gegen die hier vertretene Auffassung spricht nun scheinbar ein Vergleich der § 6, 7 der KO. In fast wörtlicher Übereinstimmung mit § 2129 Abs. 1 BGB. spricht § 6 KO. von dem Verlust des Gemeinschuldners, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen, und in § 7 KO. wird noch einmal ausdrücklich hervorgehoben, daß Rechtshandlungen, die der Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Verfahrens vorgenommen hat, den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam sind. Es sind also rechtsgeschäftliche Verfügungen des Gemeinschuldners für ihn selbst verbindlich und Dritten gegenüber, die nicht Konkursgläubiger sind, wirksam. Es liegt mithin hier offenbar ein Fall einer relativen Unwirksamkeit vor[2]). Nun ist aber hier kraft positiver Vorschrift in § 7 KO. die absolute Unwirksamkeit ausdrücklich abgelehnt, und es liegt nahe, aus dem argumentum e contrario zu folgern, daß, da in § 2129 bezw. § 2211 BGB. eine solche ausdrückliche Ab-

[1]) Planck, § 2211, Anm.
[2]) Raape, S. 103; Sydow-Busch, KO. Nr. 2 zu § 7.

lehnung der absoluten Unwirksamkeit sich nicht findet, die Verfügungen in diesen Fällen absolut unwirksam sind. Ein solcher Schluß erscheint aber nicht statthaft, da die Terminologie der KO. als des älteren Gesetzes nicht mit der des BGB. übereinstimmt (wenn auch z. B. durch die Novelle zur KO. das Wort „nichtig" in § 7 durch „unwirksam" ersetzt worden ist). Wollte man aber selbst eine solche Schlußfolgerung zulassen, so wird doch auch bei den Bestimmungen der KO. hervorgehoben[1]), daß die KO. auf eine ausdrückliche Bestimmung, daß Rechtshandlungen des Gemeinschuldners den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam seien, hätte verzichten und es bei der Vorschrift des § 6 KO. hätte bewenden lassen können. Damit ergibt sich also aus den Vorschriften der KO. kein Argument gegen die relative Unwirksamkeit.

Gegen die hier vertretene Ansicht wird geltend gemacht[2]), die Unwirksamkeit beruhe auf einen Mangel des Rechts, habe infolgedessen gar keine rechtliche Gegenwartswirkung und sei deshalb absolut unwirksam. Richtig ist, daß mit der Entziehung des Verwaltungsrechts der Verwalter ausschließlich zur Verfügung berechtigt ist, und der Vorerbe jedes Recht zu verfügen verliert. Auch bei der hier vertretenen Ansicht aber wird nicht eine neben dem Verfügungsrechte des Verwalters bestehende Verfügungsmacht des Vorerben angenommen, sondern bloß für den Fall Vorsorge getroffen, daß es dem Vorerben trotz

---

[1]) Sarvey-Bossert, Anm. zu § 7.

[2]) Matthias, S. 711; Peiser, S. 109; Strohal, rel. Unwirksamkeit, S. 66.

entzogener Verwaltung tatsächlich möglich sein sollte, eine Verfügung über die Nachlaßgegenstände zu treffen[1]).

Es läßt sich auch gegen diese Ansicht nicht geltend machen, daß mit der relativen Unwirksamkeit den Interessen des Nacherben in keiner Weise gedient wäre. Es hat auch hier der Nacherbe ebenso wie bei der absoluten Unwirksamkeit das Recht die Unwirksamkeit geltend zu machen, soweit der Dritte nicht durch den guten Glauben geschützt ist (§ 2229 Abs. 2 BGB.). Daß aber bei der absoluten Unwirksamkeit auch der Dritte das Recht hat, diese geltend zu machen, ist nicht von Belang; denn dadurch wird ein besonderer Schutz des Nacherben nicht erzielt.

Es wird ferner gegen die Relativität in den §§ 2129 und 2211 BGB. noch angeführt[2]), es könne nicht als wünschenswert erscheinen, „daß der eine kraft der Verfügung des Erben (Vorerben) Eigentum erhält, daß der andere aber, nämlich der Testamentsvollstrecker (Nacherbe), an der Sache soviel Recht behält, daß von dem Eigentum des ersteren nichts übrig bleibt; und dabei würde der Zustand womöglich ein Menschenalter dauern". Offenbar soll durch die absolute Natur der Unwirksamkeit ein Schwebezustand, in dem sich der Erwerber befinden würde, vermieden werden. Ein derartiger Schwebezustand aber findet sich z. B. auch bei der Konvalescens einer Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft (§ 187 BGB.). Die Härte, die der oben angeführte Zustand für den Dritten anscheinend mit sich bringt,

[1]) Vgl. Kretzschmar, Sachenr. § 892, Nr. 5.
[2]) Raape, S. 103.

ist übrigens gar nicht groß, wenn man sich vergegenwärtigt, daß ein Dritter, der sich in gutem Glauben über die fehlende Verfügungsbefugnis des Vorerben befunden hat, in jedem Falle geschützt ist (§ 2129 Abs. 2), also sein Recht voll behält, während für denjenigen, der von der Entziehung der Verwaltung Kenntnis hatte und trotzdem mit dem Vorerben in rechtsgeschäftlichen Verkehr trat, ein besonderer Schutz nicht notwendig ist.

§ 15.

Die Unwirksamkeit der trotz der Verwaltungsentziehung vorgenommenen Verfügung kann geheilt werden durch die Zustimmung des Berechtigten und durch die sonstigen Fälle der Konvalescens nach § 185 Abs. 2 BGB.[1]); denn die Verfügung des Vorerben, dem die Verwaltung entzogen ist, ist die eines Nichtberechtigten. Eine Frist für eine derartige Genehmigung ist nicht vorgeschrieben[2]). Eine Genehmigung kann insbesondere darin liegen, daß der Berechtigte, der von der vorgenommenen Verfügung Kenntnis hat, dieser ruhig zusieht, ohne ihr zu widersprechen, obwohl ihm dazu Gelegenheit gegeben worden ist; in diesem Schweigen wird dann eine Genehmigung liegen.

§ 16.

Die bereits wiederholt erwähnten Vorschriften über den Schutz des guten Glaubens finden nach

[1]) Planck, Nr. 1 zu § 2129.

[2]) A. A. Cosack, Bd. 1, § 58, der in der 4. Auflage eine Frist nach billigem Ermessen gestellt wissen will, in der 5. Auflage aber nicht mehr daran festhält.

§ 2129 Abs. 2 BGB. hier entsprechende Anwendung. Dies bedeutet nicht die Ausdehnung auf Nicht-Sachen, sondern ist nur gesagt, weil die §§ 932 ff. vom Nichteigentümer sprechen, während der Vorerbe Eigentümer ist, dem nur die Verwaltung entzogen ist[1]). Der Grund dieses Schutzes ist offensichtlich der, daß der Dritte nicht schlechter stehen soll, als er stünde, hätte der Vorerbe keinerlei Rechte und tradierte eine fremde Sache. Dieser Schutz kommt nicht in Betracht, da, wo das BGB. einen Erwerb in gutem Glauben, z. B. bei Forderungen nicht kennt. Zur Anwendung kommen hier insbesondere für bewegliche Sachen die §§ 932 ff., für Rechte die §§ 1032, 1207, 1208, 1244 und für Grundstücke die §§ 892, 893.

Der Erwerber einer beweglichen Sache, der die Zugehörigkeit der Sache zur Vorerbschaft kennt, oder grob fahrlässig nicht kennt, wird nur dann geschützt, wenn ihm das Bestehen einer Verwaltung und damit die Entziehung der Verfügungsbefugnis des Vorerben weder bekannt noch infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt war[2]). Der Erwerber kann sich auch nicht darauf berufen, daß aus dem dem Vorerben erteilten Erbschein der Wegfall der Verfügungsmacht nicht ersichtlich ist; denn die Anordnung der Verwaltung wird im Erbschein nicht angegeben[3]).

Der Erwerber eines Grundstücks oder eines Rechts an einem solchen wird dadurch geschützt,

[1]) Salinger, im Archiv für bürgerl. Recht, Bd. 19, S. 182.

[2]) Hachenburg, Vortr., S. 51; Peiser, S. 109; Planck, Anm. A zu § 2129.

[3]) Vgl. Crome, Bd. 5, S. 567, Nr. 174; Leonhard, Anm. 2 zu § 2129, Anm. 3 zu § 2363; Planck, Anm. 2a zu § 2129, Anm. 7 zu § 2363.

daß für ihn der Inhalt des Grundbuchs als richtig gilt, wenn die Verfügungsbeschränkung nicht aus dem Grundbuch ersichtlich oder ihm bekannt ist.

Allerdings wird schon durch den bloßen Nacherbenvermerk in dem Grundbuch der gute Glaube des Erwerbers insofern zerstört, als er schon dadurch den Vorerben, dem ja nach § 2113 BGB. Verfügungen über Grundstücke untersagt sind, nicht für verfügungsberechtigt halten darf. Praktische Bedeutung aber wird die hier behandelte Frage, wie der Nacherbe gegen die Grundstücksverfügungen des Vorerben gutgläubigen Dritten gegenüber geschützt ist, dann haben, wenn der Erblasser den Vorerben nach § 2136 BGB. von der Vorschrift des § 2113 Abs. 1 BGB. befreit hat, aber ihn von der Verpflichtung zur Sicherheitsleistung nicht entbunden und auch die Entziehung der Verwaltung für zulässig erklärt hat. In diesem Falle würde ein Schutz des gutgläubigen Erwerbers gemäß § 892 BGB. Platz greifen, wenn die Verfügungsbeschränkung nicht aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt ist.

Die Zulässigkeit einer derartigen Eintragung ergibt sich aus § 892 BGB., nach dem die Verfügungsbeschränkung aus dem Grundbuch ersichtlich sein muß. Der innere Grund, weshalb Verfügungsbeschränkungen regelmäßig nur durch Eintragung Wirkung gegen jedermann erlangen, liegt darin, daß „insoweit eine gleiche Behandlung der Verfügungsbeschränkungen und der dinglichen Rechte geboten erscheint“[1]).

[1]) Güthe, Bd. 1, S. 268; vgl. Mot., Bd. 3, S. 216.

Für eine Eintragung der Verfügungsbeschränkung von Amtswegen ist zwar keine Vorsorge getroffen, denn es fehlt eine derartige Gesetzesbestimmung; es wird vielmehr nach dem die Grundbuchordnung beherrschenden Eintragungsprinzip diese Eintragung eines Antrages des Nacherben, des Verwalters oder des Gerichts, das die Verwaltung anordnet, bedürfen[1]). Ja selbst der Vorerbe soll diesen Antrag stellen können[2]). Dies dürfte aber wohl die Ausnahme bilden, da der Vorerbe nicht die Beschränkung seiner eignen Verfügungsmacht im Grundbuch wird eingetragen wissen wollen. Einer Bewilligung des Vorerben bedarf die Eintragung nicht, da dieser nicht mehr verfügungsberechtigt ist.

Mit der Eintragung der Anordnung der Verwaltung ist das Grundbuch für Verfügungen des Vorerben gesperrt[3]). Der Grundbuchrichter hat daher Eintragungen auf Grund von Verfügungen des Vorerben über einen Nachlaßgegenstand und Eintragungen auf Grund eines gegen den Vorerben nach Einsetzung des gerichtlichen Verwalters erlassenen vollstreckbaren Titels zurückzuweisen. Denn wenn auch die trotz der Verwaltungsentziehung vorgenommene Verfügung nicht absolut, sondern nur relativ unwirksam ist, so folgt daraus noch nicht, daß das Grundbuchamt den Vorerben als verfügungsberechtigt anzusehen und auf seinen Antrag hin Eintragungen vorzunehmen

[1]) Fischer-Henle, Nr. 4 zu § 2129; Crome, Bd. 5, S. 567, Nr. 174; Leonhard, Nr. 3 zu § 2123; Planck, Anm. zu § 2129; Komm. der RGR. Nr. 3 zu § 2129.

[2]) Güthe, Bd. 1, S. 235.

[3]) Güthe, Bd. 1, S. 234.

hat[1]). Einem Eintragungsantrag ist vielmehr nur dann stattzugeben, wenn er sich auf Verfügungen des Verwalters stützt; infolgedessen ist auch die Zustimmung des Vorerben, dem die Verwaltung entzogen ist, unerheblich[2]).

Trägt der Richter aber trotz Eintrags der Verfügungsbeschränkung eine Rechtsänderung ein, so wird das Grundbuch unrichtig, und es kann Berichtigung gefordert werden. Wird diese aber nicht verlangt, und wird auf Grund des unrichtigen Eintrages weiter verfügt, „so steht nunmehr der öffentliche Glaube des Grundbuchs seiner Berichtigung entgegen. Es ist hierbei ganz gleich, ob die Verfügungsbeschränkung eingetragen geblieben ist oder gelöscht wurde. Denn wir haben keine Rechtsbestimmung, die dem Eintrag der Verfügungsmachtsbeschränkung eine weitere Bedeutung gebe, wie eben als Vermerk der Beschränkung, und hat der Vermerk insbesondere nicht das geringste mit dem Widerspruch zu tun“[3]).

Im § 2129 Abs. 2 S. 2 BGB. sind auch noch Bestimmungen zum Schutze des gutgläubigen Schuldners von zur Erbschaft gehörigen Forderungen enthalten. Bei der Beratung der Kommission für die zweite Lesung[4]) wurde der Aufnahme einer solchen Bestimmung zwar widersprochen, weil in anderen ähnlich liegenden Fällen keine entsprechende Bestimmung getroffen sei, und die Vorschrift auch nicht mit

---

[1]) Vgl. Güthe, Bd. 1, S. 226; Kretzschmar, Sachenr. § 892 Nr. 6.

[2]) Güthe, Bd. 1, S. 235.

[3]) Herold, im Sächs. Arch. f. Rechtspflege, Bd. 1, S. 491.

[4]) Prot. Bd. 5, S. 126.

den Vorschriften des Allgemeinen Teils im Einklang stehe. Es wurde aber für notwendig erachtet, den Schuldner dagegen zu schützen, daß eine von ihm geleistete Zahlung ungültig sei, weil dem Vorerben die Verwaltung entzogen sei, wovon er selbst keine Kenntnis habe. Denn hier wird ihm nicht wie dem Drittschuldner bei der Forderungspfändung oder der Beschlagnahme (§ 829 ZPO., § 22 ZVG.) die gerichtliche Entscheidung zugestellt.

Die Entziehung der Verwaltung ist für den Erbschaftsschuldner nur wirksam, wenn er von der getroffenen Anordnung Kenntnis erlangt oder wenn ihm eine Mitteilung von der Anordnung zugestellt wird. (§ 2129 Abs. 2 S. 2.) Die Kenntnis steht hier dem Kennenmüssen nicht gleich[1]); dagegen wird die Zustellung ohne Rücksicht darauf, ob der Schuldner durch sie auch wirklich Kenntnis erlangt hat oder nicht, wirksam. Eine solche Möglichkeit, daß der Schuldner trotz der Zustellung keine Kenntnis von der Anordnung der Verwaltung erlangt, kann z. B. bei der Ersatzzustellung im Falle des § 182 ZPO. vorkommen. „Der Fall der Zustellung ist daher neben der Kenntnis erwähnt“[2]). Bis dahin sind also die Zahlungen des Schuldners an den Vorerben gültig, ebenso wie die des Schuldners an den Cedenten vor Kenntnis der Cession.

Anders liegt der Fall, wenn der Vorerbe eine Forderung nach Entziehung der Verwaltung cediert. Dann genießt der Cessionar nicht den Schutz der

[1]) Peiser, S. 110.

[2]) Salinger, im Arch. f. bürg. Recht, Bd. 19, S. 181.

Gutgläubigkeit. Diesen hat nur der betreffende Schuldner, nicht aber der Dritte[1]).

Auch der Dritte, der von der Anordnung der Verwaltung keine Kenntnis hat und gegen den Vorerben Klage erhebt, ist des Schutzes bedürftig. Da die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung finden, so ist § 407 Abs. 2 für den Fall, daß dem Vorerben die Verwaltung entzogen ist, entsprechend anzuwenden[2]). Ist daher in einem nach Anordnung der Verwaltung zwischen dem Vorerben und einem Dritten anhängig gewordenen Rechtsstreit ein Urteil ergangen, ohne daß der Dritte Kenntnis von der Anordnung der Verwaltung hatte, so ist dieses Urteil auch gegenüber dem Verwalter wirksam. Erlangt der Dritte Kenntnis von der Entziehung der Verwaltung, so kann er den Mangel der Aktivlegitimation des Vorerben jederzeit rügen. Bis dahin aber ist die Prozeßführung des Vorerben, da der Dritte im guten Glauben war, dem Nachlaß gegenüber wirksam. Der gutgläubige Gegner hat auch das Recht, selbst wenn er nach Prozeßbeginn von der Anordnung der Verwaltung Kenntnis hatte, den begonnenen Prozeß weiter zu führen; er muß sich allerdings den Eintritt des Verwalters gefallen lassen; denn der Verwalter hat die Prozesse, die im guten Glauben mit dem Vorerben

[1]) Vgl. Hachenburg, Stud. S. 56; Hachenburg, Vortr. S. 234; Hellwig, Wesen und subj. Begrenzung, S. 392, Nr. 9; Kretschmar, Erbrecht, § 34, Nr. 34; Peiser, S. 110, Nr. 99; Planck, § 2129, Nr. 2b; Salinger, im Archiv für bürg. Recht, Bd. 19, S. 181, Nr. 32 A; Staudinger, Nr. 4 zu gemeinsame Bemerk. §§ 2127—2129.

[2]) Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung, S. 411.

begonnen wurden, ebenso wie die vor der Entziehung begonnenen, fortzusetzen.

§ 17.

Auch hier wird zu berücksichtigen sein, ob durch den Willen des Erblassers der § 2129 BGB. unter Beibehaltung des § 2128 BGB. ganz ausgeschaltet und die besprochenen Folgen ganz ausgeschlossen werden können. An sich spricht ja § 2136 BGB. nicht dagegen, aber es wird fraglich erscheinen, ob überhaupt eine Sequestration möglich ist, welche die in § 2129 BGB. angegebenen Folgen nicht hat, m. a. W. die dem Vorerben die volle Verfügungsfreiheit läßt. Im Gesetz kommen allerdings solche Fälle vor, wo trotz der Bestellung eines Verwalters die Verfügungsmacht erhalten wird, z. B. der beaufsichtigende Testamentsvollstrecker. Aber mit Recht wird darauf hingewiesen[1]), daß es sich bei dem Institut des nur beaufsichtigenden Testamentsvollstreckers gar nicht um die Übertragung einer fortlaufenden Vermögensverwaltung handelt (§ 2208 Abs. 2 BGB.), sondern nur um die Überwachung der zur Ausführung des letzten Willens erforderlichen Rechtshandlungen, daß aber beim Testamentsvollstrecker, dem die Verwaltung des Nachlasses obliegt (§ 2209 BGB.), das Verfügungsrecht des Vorerben stets ausgeschlossen ist. Ist dies aber hier, wo die Einsetzung des Testamentsvollstreckers keineswegs immer als Zwangsmaßregel aufzufassen ist, der Fall, so wird man, damit nicht der Zweck der ein Zwangssicherungsmittel enthaltenden Bestimmungen des § 2128 Abs. 2 in Verbindung mit

[1]) Hothorn, S. 209.

§ 1052 illusorisch werde, „die Ausschließung der Verfügungsmacht des Vorerben bei Anordnung der Sequestration als ein Gebot der juristischen Logik annehmen".

Vierter Abschnitt.

Weitere Möglichkeiten, dem Vorerben das Verwaltungrecht zu entziehen.

§ 18.

Eine Entziehung des Verwaltungsrechts des Vorerben kann nicht nur unter den oben angeführten Voraussetzungen des § 2128 BGB. stattfinden, sondern auch durch entsprechende Anwendung des § 2209 BGB. auf den Vorerben, d. h. dadurch, daß der Erblasser einem Testamentsvollstrecker ausschließlich die Verwaltung der Erbschaft für Rechnung des Vorerben überträgt. In diesem Falle wird dem Vorerben kraft Willens des Erblassers die Verwaltung entzogen; er braucht seinerseits nicht wie in § 2128 BGB. Anlaß zur Entziehung gegeben zu haben.

Es erscheint fraglich, in welchem Zeitpunkt in diesem Falle die Entziehung der Verwaltung eintritt, ob von Anfang an oder erst mit der Annahme des Amtes durch den Testamentsvollstrecker. Der Abs. 1 des § 2211 BGB. läßt beide Auffassungen zu. Die erste Ansicht erscheint aber als die richtige[1]); denn

[1]) Ebenso Planck, § 2211, Nr. 3; Staudinger, § 2111, Nr. 2; Meyer, § 55, Nr. 43; Strohal, Bd. 1, § 40 A., Nr. 41; Kretzschmar, Erbr. § 46, Nr. 16; Dernburg, Bürg. R., Bd. 5, § 139, Nr. 5; Entsch. Pos., 26. März 1909, in Pos. Mon.-Schr. 1909, S. 49; Entsch. d. KG. 40 A., S. 196; A. A. Leonhard, § 2211, Nr. 1; Türcke, § 2211, Nr. 2.

würde man annehmen, daß die Entziehung erst mit der Annahme des Amtes eintritt, so würde der Vorerbe in der Zwischenzeit Gelegenheit haben, den Zweck der Anordnung des Testamentsvollstreckers zu vereiteln.

Es werden auch in diesem Falle die Folgen der Entziehung des Verwaltungsrechts kurz zu prüfen sein. Nach § 2211 BGB. verliert der Vorerbe auch hier das Recht, über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlaßgegenstand zu verfügen. Über die rechtliche Natur der Unwirksamkeit einer dennoch vorgenommenen Verfügung herrschte schon bei der Beratung in der Kommission für die zweite Lesung (Prot. Bd. 5, S. 286) und herrscht auch jetzt noch in der Literatur Streit. Aus denselben Gründen wie oben wird man auch hier der Unwirksamkeit nur relative Wirkung zuschreiben[1]). Auch hier handelt es sich nur um die dingliche Verfügungsmacht des Vorerben. Zu den Verfügungsrechten, die dem Vorerben entzogen sind, gehört auch das Recht der Kündigung[2]). Es ist also zur Kündigung eines Mietsverhältnisses nach § 569 nicht der Erbe des Mieters, sondern der Testamentsvollstrecker befugt. Obligatorische Rechtsgeschäfte, die der Vorerbe über Nachlaßgegenstände schließt, erzeugen auch hier keine

[1]) Ebenso Dernburg, Bürg. R., Bd. 5, § 141; Hachenburg, Vort. S. 151; Kretzschmar, Sachenr., § 894, Nr. 3; Meyer, S. 355; Planck, § 2211, Nr. 4; Staudinger, § 2211, Nr. 1; Strohal, Bd. 1, S. 286; Wendt, im Arch. f. ziv. Prax., Bd. 89, S. 46; A. A. Enneccerus, II, 3, § 120; Eccius bei Gruchot, Bd. 50, S. 488; Herold, S. 493; Raape, S. 101; Neumann, § 2211, Nr. 2.

[2]) Entsch. d. RG. in Zivils., Bd. 74, S. 35, JW. 1910, S. 820.

Nachlaßverbindlichkeiten, sondern lediglich persönliche Verpflichtungen des Vorerben.

Die gegen das Verbot erfolgenden Verfügungen des Vorerben können wirksam werden, wenn der Testamentsvollstrecker einwilligt oder wenn das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers erlischt, ohne daß dieser inzwischen eine entgegenstehende Verfügung getroffen hat. Der Vorerbe kann, soweit er nach den §§ 2113—2116 BGB. überhaupt zu Verfügungen berechtigt ist, über die Nachlaßgegenstände auch während des Bestehens der Testamentsvollstreckungen unter der Bedingung verfügen, daß die Verfügung nur gelten soll, falls ihm später das freie Verfügungsrecht über den Gegenstand zufällt[1]). Die Wirksamkeit dieser Verfügungen hängt aber davon ab, daß nicht der Testamentsvollstrecker selbst etwa eine entgegenstehende Verfügung getroffen hat.

Auch hier kommen die Vorschriften zu Gunsten gutgläubiger Erwerber zur Anwendung (§ 2211 Abs. 2 BGB.). Für den guten Glauben kommt die Unkenntnis des Bestehens einer Testamentsvollstreckung in Betracht[2]). Wußte dagegen der Dritte, daß der Gegenstand, über den verfügt worden ist, zu einem Nachlaß gehört, so wird in der Regel dem Dritten grobe Fahrlässigkeit zur Last fallen, wenn er ohne Vorhandensein eines Erbscheins — der ja gerade den Zweck hat, dem Erben ein Zeugnis über seine Rechte zu geben, und auf dem auch die Testamentsvollstreckung vermerkt wird (§§ 2352, 2366) — den Verfügenden

[1]) Planck, § 2211, Nr. 8; Staudinger, § 2211, Nr. 1; Meyer, S. 256, Nr. 47.

[2]) Entsch. d. RG., Bd. 74, S. 219.

als unbeschränkten Vorerben angesehen hat[1]); solche grobe Fahrlässigkeit nimmt ihm dann den erforderlichen guten Glauben.

Verfügungen des Vorerben über Grundstücke werden hier schwerlich in Frage kommen. Denn der Vorerbe kann über Grundstücke und Rechte an solchen nur verfügen, sofern er gemäß § 2136 BGB. von der Beschränkung des § 2113 Abs. 1 BGB. befreit ist. Daß der Erblasser den Vorerben von dieser Vorschrift befreit, ihm andererseits aber durch Ernennung eines Testamentsvollstreckers von vornherein die Verwaltung entzieht, erscheint ausgeschlossen. Immerhin mag erwähnt sein, daß der Testamentsvollstrecker sowohl im Grundbuch (§ 53 GBO.), wie im Schiffsregister eingetragen (§ 118 Ges. über die freiw. Gerichtsbarkeit) und damit der gute Glaube des Erwerbers zerstört wird.

Auch hier ist in der Entziehung des Verfügungsrechts noch nicht der Verlust des Prozeßführungsrechts enthalten. Dieses Recht ist aber dadurch beschränkt, daß grundsätzlich dem Testamentsvollstrecker das ausschließliche Recht zur Führung von Nachlaßprozessen zusteht (§ 2212 BGB.). Dieser Grundsatz gilt aber nicht für alle zum Nachlaß gehörenden Rechtsverhältnisse, sondern nur für die Nachlaßrechte, während die Ansprüche, die sich gegen den Nachlaß richten, sowohl gegen den Vorerben, wie gegen den Verwalter geltend gemacht werden können (§ 2213 Abs. 1 S. 1 BGB.[2]). Nur der Pflichtteilsanspruch wird ausschließlich gegen den Vorerben geltend gemacht.

---

[1]) Wilke, § 2211, Nr. 2.
[2]) Entsch. d. RG., Bd. 50, S. 225.

Das Urteil, das in einem Rechtsstreit zwischen einem Testamentsvollstrecker und einem Dritten ergeht, wirkt auch für und gegen den Vorerben (§ 327 Abs. 2 ZPO.), das Urteil in einem Rechtsstreit zwischen dem Vorerben und einem Dritten, aber nicht für und gegen den Vollstrecker[1]); es kann also nicht aus dem zu Ungunsten des Vorerben lautenden Urteil die Zwangsvollstreckung in die der Verwaltung unterliegenden Gegenstände betrieben werden, weil dem Vorerben die Verfügung über diese Gegenstände entzogen ist. Eine Zwangsvollstreckung in diese Gegenstände kann nur erfolgen, wenn neben dem Vorerben auch gegen den Vollstrecker auf Duldung der Zwangsvollstreckung geklagt worden ist.

§ 19.

Eine Entziehung des Verwaltungsrechts kann endlich auch in folgender Weise stattfinden. Der Erblasser kann im Wege der Auflage anordnen, daß der Vorerbe einen Dritten eine unwiderrufliche Vollmacht zur Verwaltung des Nachlasses aufzustellen und sich selbst jeder Verwaltungshandlung zu enthalten habe. Eine solche Bestimmung enthält aber nicht die Anordnung einer Testamentsvollstreckung[2]); sie bindet den Vorerben nur obligatorisch. Selbst wenn der Erblasser den von ihm zur Ausführung seiner letztwilligen Verfügung und zur Teilung des Nachlasses berufenen Testamentsvollstrecker als denjenigen bezeichnet, dem

[1]) Vgl. Entsch. d. RG., Bd. 56, S. 327.

[2]) Borchert, S. 445.

der Vorerbe die Vollmacht zur Verwaltung des Nachlasses ausstellen soll, so kann zwar der Testamentsvollstrecker auf Befolgung dieser Anordnung klagen, es entsteht aber durch die Erteilung der Vollmacht nicht etwa eine Testamentsvollstreckung von der vorhin dargelegten Art und Weise.

Die Entziehung des Verwaltungsrechts, die in dieser Weise eintritt, ist natürlich anderer Natur, als die nach §§ 2128, 2129 BGB. eintretende; denn hier ist der Dritte, dem die Vollmacht zur Verwaltung des Nachlasses ausgestellt wird, immer abhängig von dem Willen des Vorerben.

Lebenslauf.

Am 23. Januar 1890 bin ich, Friedrich Fischer, in Breslau als Sohn des Kaufmanns Henry Fischer und seiner Ehefrau Regina geb. Bannas, geboren. Ich bin Preuße und jüdischer Religion.

Ich besuchte das Kgl. Friedrichs-Gymnasium in Breslau, das ich Ostern 1909 mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Hierauf studierte ich sechs Semester die Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten Freiburg i. B., Genf und Breslau.

Am 21. Oktober 1912 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung in Breslau und am 21. Februar 1913 das Rigorosum.

Seit dem 26. November 1912 bin ich bei dem Königlichen Amtsgericht Schönau a. K. als Referendar beschäftigt.